LA COUTUME EN TANT QUE NORME

La définition de la coutume Internationale admet plusieurs approches; celle d'une manière générale la présentant comme une règle non écrite ayant un caractere obligatoire pour les sujets de droit. Puis selon l'article 38 du statut de la CIJ, qui la consacre comme mode d'élaboration du droit international, elle se définit comme la preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit. Et enfin du point de vue du droit conventionnel, la coutume internationale peut aussi etre définie comme un droit que les membres de la société internationale se donnent directement eux-memes: il s'agit donc d'un droit d'autonomie et non d'un droit d'hétéronomie (droit qui serait imposé par autrui). En tant que norme, la coutume est en vérité introuvable, puisque non écrite. Elle est certes formulée dans divers instruments, mais ils ne sont pas l'origine directe de son contenu ni de son autorité. Ces instruments (traités, actes juridictionnels, actes unilatéraux) n'expriment qu'un point de vue particulier et partiel. Ils sont déjà une modalité de mise en oeuvre qui n'épuise par les virtualités de la règle ni n'en contient les différents aspects. La norme coutumière, si on s'y réfère en tant que telle dans un acte positif, n'est formulée qu'à titre hypothétique ou supposé. Elle apparaît comme une composante d'un raisonnement juridique qui l'établit et la formule, et ne peut etre identifiée à aucun acte ou type d'actes donnés.

En tant que norme, comment la coutume s'est-t-elle fondée et à quelle évolution est-elle prédite?

Nous nous interessons donc à son fondement et ses élements constitutifs **(I)**, puis en second lieu à son évolution **(II)**.

I. Le fondement et les éléments constitutifs de la coutume

En premier lieu, nous verrons le fondement de la norme coutumière (A), puis suivra les éléments constitutifs de la coutume (B).

A) Le fondement de la norme coutumière

La coutume résulte de pratiques généralement admises, par l'ensemble de la communauté internationale, comme étant une règle de droit. Ces normes informelles apparaissent, par des pratiques entre Etats, à la suite d'un processus plus ou moins long. La coutume internationale est largement hétéroclite et son origine a été l'objet de nombreux débats doctrinaux. Deux théories s'affrontent :

- D'une part, la théorie volontariste, qui perçoit la coutume comme l'expression d'un accord conclu entre diverses autorités de droit international. Cette thèse, sera notamment reprise par l'arrêt de la Cour Permanente de Justice Internationale, LOTUS (1927). En effet, dans cet arrêt, la Cour indique que la coutume est une règle de droit issue de la volonté manifestée dans les usages, et acceptée généralement comme consacrant un principe de droit. Cependant, cette théorie ne fait pas l'unanimité de la doctrine, et reçoit deux principales critiques. Tout d'abord, cette conception de la coutume à pour effet de minorer la réalité du droit international en la matière. Ensuite, elle interdirait l'existence

de coutumes générales, qui supposeraient le consentement unanime de tous les Etats, accord difficilement concevable.
- D'autre part, la théorie objective, soutenue entre autre par Georges Scelles et Charles de Vissher, s'oppose à la théorie volontariste. Ces auteurs considèrent en effet que la coutume naît d'une réalité sociale. Elle serait donc spontanée et non pas issue de la volonté des Etats. En ce sens, l'arrêt de la Cour Internationale de Justice, Namibie, 1971, indique que la coutume peut apparaître après un laps de temps qui ne saurait être quantifié. La coutume est donc une source originale du droit international.

B) Les éléments constitutifs de la coutume

Si certaines divergences existent au sujet du fondement de la coutume, on constate cependant une certaine convergence en ce qui concerne ses composantes. On admet généralement que sont considérées comme coutumières les normes attestés par une pratique étatique cohérente et générale associée à la conviction de son caractère obligatoire. On trouve dans ses éléments constitutifs l'élément matériel (la pratique générale), puis l'élément psychologique (l'opinio juris):

- L'élément matériel: On a longtemps pensé que seule la pratique des Etats était de nature à créer les précédents intervenant dans l'élaboration d'une norme coutumière, mais avec la multiplication des organisations internationales, ces nouveaux sujets du droit international contribuent largement à l'élaboration de la norme coutumière. La CIJ a ainsi énoncé qu'il suffisait " pour déduire l'existence d'une regle coutumiere, que les Etats y conforment leur conduite d'une manière générale" (27 Juin 1986, activités militaires et praramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci). Les actes des organisation sont susceptibles de constituer des précédents de deux manieres; par les pratiques internes qui peuvent être à l'origine de règles coutumières s'imposant aux membres de l'organisation, et par des actes unilatéraux à portée externe qui peuvent être aussi à l'origine de la formation de normes du droit international général. Les caractéristiques de la pratique sont du fait qu'un précédent isolé ne peut constituer un usage, une pratique s'appuyant sur des précédents discordants ne peut donner naissance à une coutume. La jurisprudence exige que le précédent se soit répété dans le temps de manière constante et uniforme (CIJ, 20 Novembre 1950, affaire du droit d'asil).
- L'élément psychologique: La doctrine admet en général que des précédents, répétés de manière constante et uniforme dans différents Etats, ne suffisent pas à créer une coutume. Il faut, de plus, que les Etats, en accomplissant ces précédents, aient le sentiment d'être juridiquement tenus de le faire. La CPJI a exprimé très clairement l'exigence de l'élément psychologique (7 Septembre 1927, affaire du Lotus). La preuve de l'existence de l'opinio juris est relativement délicate car il s'agit d'un élément intellectuel, donc immatériel. Il faut par conséquent analyser la motivation du comportement des Etats, considére comme un élement fondamental dans l'administration de la preuve de l'existence de la norme coutumiere alléguée.

II. L'évolution de la norme coutumière

Alors que le propre de la coutume est d'être un droit non écrit les acteurs du droit international présentent une volonté constante d'effectuer régulièrement une codification de ces normes coutumières. Par ce recours à ce procédé de codification, cela permet ainsi de maintenir un certain poids coutumier (A) sans pour autant bloquer son évolution dans cette règle écrite (B).

A) Un procédé de codification permettant de maintenir une influence coutumière

La doctrine est la première à avoir effectué un travail de codification de la coutume. Mais cette codification par la doctrine ne dispose d'aucun effet juridique. En revanche, lorsque cet effort de codification est retranscrit par des actes d'Organisations Internationales, elles revêtent la portée juridique de l'acte dans lequel elles s'inscrivent. Dans ce sens, par exemple, on pourra citer la Charte des Nations Unies, ou la Convention de Montego Bay, sur le droit de la mer. De plus, cette volonté de codification de la coutume est à présent d'autant plus importante qu'elle s'inscrit directement dans la charte des Nations Unies. En effet, l'article 13 de ce texte dispose que l'Assemblée Générale peut provoquer des études et faire des recommandations en vue « d'encourager le développement progressif du droit de la codification » Les raisons de cette volonté de codification sont la sûreté et la permanence du droit écrit, par rapport au droit coutumier, et ainsi une clarification du droit en vigueur. Mais l'autre raison, plus politique, est de permettre aux nouveaux Etats, qui n'ont pas participés à l'émergence de coutumes anciennes, d'effectuer un réexamen des règles préexistantes. Ainsi, ils pourront les accepter ou refuser expressément, et ne se pose plus le problème de leur refus, postérieur à la formation de la coutume. En fait, si la coutume connaît un support confortable par la codification, celle ci ne bloque pas les règles informelles, qui continuent à exister, en tant que normes non écrites, en parallèle du droit codifié.

B) Aucun blocage entre droit informel et droit écrit

Si la règle codifiée n'est pas conforme à une coutume préexistante, alors la coutume ne s'applique plus entre les Etats membres de la convention, ou du traité, qui reprend la règle contraire à la coutume. i le traité ou la convention reprend une règle coutumière, cela implique qu'il y a eu un accord de volonté, express, entre les Etats signataires, et donc contrevient au principe d'existence de coutume générale, qui ne nécessite pas une déclaration de volonté à être lié de la part des Etats. Mais dans ce cas, la règle codifiée n'efface pas la règle coutumière, qui continue a exister, parallèlement à la convention. Cette solution a été exprimée avec force par la Cour Internationale de Justice, dans son arrêt de 26 novembre 1984, Activité militaire et paramilitaire ou elle décide que « Le fait que les principes (…) sont codifiés ou incorporés dans des conventions multilatérales ne veut pas dire qu'ils cessent d'exister et de s'appliquer en tant que principe de droit coutumier, même à l'égard des pays qui sont parties aux dites conventions. » Ainsi, la codification de règles coutumières ne peut pas les bloquer, mais allant plus loin, elle peut même être à l'origine de la formation de nouvelles coutumes. Pour ce faire, la Cour à précisé trois conditions dans l'affaire Délimitation du plateau continental de la mer du nord. Ainsi, il est nécessaire que la disposition servant de base ait« un caractère fondamentalement normatif et puisse ainsi constituer la base d'une règle générale de droit. » Ensuite, la convention doit faire l'objet « d'une participation très large et représentative » Et enfin, « la pratique des Etats » doit « établir une reconnaissance générale du fait qu'une règle de droit (…) est en jeux ». Donc la coutume est constitutive de règles en perpétuelle évolution, qui ne peuvent être bloquées par une éventuelle codification. Au contraire, cette codification peut servir comme base à de nouvelles règles.